

UWP/DP/024/67/17/YK

Sygn. akt VI Ga 95/17

Dec-14501/17



Urząd Zamówień Publicznych
2017-08-31
W P Ł Y N Ę Ł O

W Y R O K

w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Dnia 17 lipca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski

Sędziowie: SO Zbigniew Krepski (spr.), SO Małgorzata Bartczak-Sobierajska

Protokolant sekr. sądowy Małgorzata Barabasz

po rozpoznaniu w dniu 17 lipca 2017 r. w Toruniu

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie i odwołującego konsorcjum: lidera [REDACTED] sp. z o.o. w [REDACTED] oraz partnerów [REDACTED] sp. z o.o. w [REDACTED] [REDACTED] sp. z o.o. w [REDACTED] i [REDACTED] sp. z o.o. w [REDACTED]

przeciwko zamawiającemu [REDACTED] w [REDACTED]

przy uczestnictwie przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum: [REDACTED] sp. z o.o. we [REDACTED] [REDACTED] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we [REDACTED] [REDACTED] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we [REDACTED] [REDACTED] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we [REDACTED] [REDACTED] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we [REDACTED] S.A. w [REDACTED] [REDACTED] sp. z o.o. w [REDACTED] [REDACTED] sp. z o.o. w [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] w [REDACTED] spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w [REDACTED]
na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO
662/17

- I. umarza postępowanie wywołane skargą odwołującego.
- II. zmienia zaskarżone postanowienie w pkt 1 (pierwszym) w ten sposób, że oddala odwołanie.
- III. zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego do odwołania kwotę 2.700,00 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego

Jerzy P. Naworski

Zbigniew Krepski

Małgorzata Bartczak Sobierajska

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność
Z up. Kierownika Sekretariatu

[Handwritten signature]

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 20 kwietnia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO lub Izba) na skutek odwołania konsorcjum: [REDAKTOWANE] oraz partnerów [REDAKTOWANE] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego [REDAKTOWANE] na „usługi w zakresie [REDAKTOWANE]”, przy uczestnictwie przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsorcjum: [REDAKTOWANE]

- w pkt 1 odrzuciła odwołanie,
- w pkt 2 obciążyła odwołującego kosztami postępowania, zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania (k.73).

W uzasadnieniu postanowienia KIO, po szczegółowym przedstawieniu zarzutów zawartych w odwołaniu na czynności zamawiającego w wymienionym wyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum, którego liderem jest [REDAKTOWANE] (dalej jako konsorcjum [REDAKTOWANE]), jak również wniosków odwołującego o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE] w części 2 i 3, a nadto o dokonanie ponownej oceny ofert i w jej efekcie odrzucenie

oferty złożonej przez konsorcjum [REDAKTOWANE] jako, że jej złożenie – w ocenie odwołującego – stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, uznała, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.).

Według KIO, skoro odwołujący oparł zarzuty odwołania na naruszeniu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 229 ze zm. dalej jako u.o.k.i k.) wskazując zwłaszcza na pkt 7) tj. na uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu (w tym przypadku konsorcjum [REDAKTOWANE] warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny – winien zwrócić się o wydanie decyzji do właściwego organu. Izba odwołała się w tej materii m.in. do art. 10 ust. 1 u.o.k.i k. stwierdzając, że odwołujący pominął, iż zgodnie z powołanym przepisem decyzje o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję wydaje Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazów określonych w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W ocenie KIO pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, a dotyczące zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum [REDAKTOWANE] mają charakter wtórny, albowiem zostały wywiedzione jako konsekwencja zaniechania przez zamawiającego zastosowania art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie może wchodzić w kompetencje zastrzeżone ustawowo na rzecz innego organu. Zdaniem Izby nie jest ona władna wypowiadać się o zaistnieniu lub nie deliktów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym do rozpoznania odwołania nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego zachodzi obligatoryjna przesłanka odrzucenia odwołania, wymieniona w art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p.

W odniesieniu do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego Izba wskazała na regulację art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. orzekając o tych kosztach stosownie do wyniku sprawy. Skoro odwołanie zostało odrzucone to kosztami postępowania, według Izby, należało obciążyć odwołującego (k.74-81).

Powyższe postanowienie zaskarżył w całości Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie oraz odwołujący konsorcjum: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

1) naruszenie przepisów art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p. poprzez bezzasadne odrzucenie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego tj. konsorcjum: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] w sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w w/w przepisie, ponieważ zdaniem skarżącego w stanie faktycznym sprawy przepisy ustawy p.z.p. niewątpliwie mają zastosowanie;

2) naruszenie przepisów art. 172 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 i art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w związku z art. 6 ust. 1 u.o.k.i k. poprzez uznanie, że w ramach postępowania odwoławczego, w sytuacji podnoszenia w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej, której złożenie – zdaniem odwołującego – stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, KIO nie ma ustawowej kompetencji do zbadania, czy rzeczywiście oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, podczas gdy w w/w sytuacji – według skarżącego – Izba jest nie tylko uprawniona, ale także obowiązana do dokonania takiej oceny.

W oparciu o powyższe zarzuty Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego tj. konsorcjum: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] Ponadto skarżący złożył wniosek o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 *in fine* ustawy p.z.p. oraz o nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego zgodnie z art. 102 k.p.c.

W uzasadnieniu skargi Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przedstawił szerszą argumentację odnoszącą się do poszczególnych zarzutów zawartych w jej *petitum*. Skarżący wskazał przede wszystkim, że przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 p.z.p. należy interpretować ściśle, gdyż odrzucenie środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, zamyka wykonawcy drogę do merytorycznego rozpoznania zarzutów wobec niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności zamawiającego (lub zaniechania czynności, do której zamawiający zobowiązany był przepisami p.z.p.). W ocenie skarżącego w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy KIO dokonała błędnej, rozszerzającej

wykładni przesłanek odrzucenia odwołania, co należy uznać za nieuprawnione ograniczenie prawa do skorzystania z przysługującego środka ochrony prawnej. Jego zdaniem nie budzi wątpliwości, iż zamawiający miał obowiązek stosowania przepisów ustawy p.z.p., a zamówienie było zamówieniem publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 13 p.z.p. Zamawiający zastosował się do w/w obowiązku i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosując przepisy p.z.p. W tej sytuacji, według skarżącego, czynności (lub zaniechania) zamawiającego w niniejszym postępowaniu mogą podlegać kontroli Izby w ramach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p. Skoro zatem w sprawie miały zastosowanie przepisy p.z.p., to w ocenie skarżącego brak było podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o dyspozycję art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Wskazując zarazem na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., w świetle której zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skarżący podniósł, że imperatywny charakter w/w przepisu ustawy nakazuje zamawiającemu zbadanie w każdym przypadku, czy złożenie danej oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty. Natomiast w przypadku uznania, że złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, oferta „pozostaje” w postępowaniu i podlega ocenie przez zamawiającego. W związku z powyższym skarżący zauważył również, że ustawa p.z.p. nie wskazuje, w jakich sytuacjach złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., odsyłając w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił także, iż pod pojęciem tym mieszczą się również przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm. – dalej jako u.z.n.k.). Zdaniem skarżącego przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zawiera szerokie odwołanie do czynu nieuczciwej konkurencji i brak jest podstaw do uznania – jak to uczyniła Izba w skarżonym postanowieniu – że pojęcie to na gruncie p.z.p. dotyczy jedynie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W reasumpcji skarżący podkreślił, iż skoro zamawiający – z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. – jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do samodzielnego zbadania czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, to tym bardziej Izba rozpoznając odwołanie dotyczące prawidłowości działania lub zaniechania zamawiającego w powyższym zakresie, obowiązana jest do zbadania, czy kwestionowana oferta rzeczywiście narusza przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na potwierdzenie prawidłowości przedstawionej wyżej argumentacji skarżący

powołał szereg orzeczeń KIO wydanych na gruncie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w sprawach, w których Izba rozpoznała odwołania złożone w analogicznych, jak w niniejszej sprawie stanach faktycznych (k.151-165).

Drugi ze skarżących tj. konsorcjum: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] podniósł zarzut naruszenia art. 189 ust. 2 p.z.p. poprzez odrzucenie odwołania wniesionego przez skarżącego w sytuacji, w której nie została spełniona – w ocenie skarżącego – przesłanka, o której mowa w wymienionym przepisie, ponieważ jego zdaniem z uwagi na podniesione w odwołaniu zarzuty sprawa powinna zostać rozpoznana przez Izbę.

Wskazując na powyższy zarzut skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez orzeczenie co do istoty sprawy i merytoryczne rozpoznanie odwołania, a ponadto wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach procesu, w tym o kosztach zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych oraz o zwolnienie skarżącego od kosztów postępowania sądowego w całości, w tym również od opłaty sądowej od skargi.

Argumentując swoje stanowisko skarżący odwołujący podniósł w szczególności, że w odwołaniu wytknął naruszenie przepisów p.z.p. oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co – jego zdaniem – z całą pewnością mieści się w kognicji KIO. W dalszej kolejności wyjaśnił, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. przez zamawiającego upatruje w nieodrzczeniu oferty wykonawcy pomimo, iż jej złożenie w mniemaniu odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez utrudnianie dostępu do rynku w wyniku zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Pomocniczo tylko skarżący powołał się na art. 6 u.o.k.i.k. wskazując na zaistnienie zmowy przetargowej. W ocenie skarżącego każdy stwierdzony przez Prezesa UOKiK przypadek np. nadużycia pozycji dominującej, polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, będzie jednocześnie stanowił czyn nieuczciwej konkurencji, co nie wyklucza jednak badania przez inne organy, w tym KIO, czy nie doszło do popełnienia czynu naruszającego ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (k.82-90).

W odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uczestnik przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego tj. konsorcjum: [REDAKTOWANE]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], wniósł o jej oddalenie w całości kwestionując zarzuty skargi i ich uzasadnienie. Ewentualnie, w przypadku uznania zasadności skargi, uczestnik wniósł o oddalenie w całości odwołania z dnia 3 kwietnia 2017 r. wniesionego przez konsorcjum:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] je. Ponadto złożył wniosek o dopuszczenie go do udziału w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k.193-196).

Pismem z dnia 13 lipca 2017 r. skarżący odwołujący oświadczył, iż z uwagi na nieopłacenie skargi cofa przedmiotową skargę oraz oświadczył, iż nie jest zainteresowany przystąpieniem do sprawy po stronie drugiego ze skarżących tj. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (k.240-241).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Wobec cofnięcia skargi przez skarżącego odwołującego należało umorzyć postępowanie w tym zakresie na podstawie art. 355 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 p.z.p. i art.198f ust. 2 p.z.p. (pkt I wyroku).

Odnosząc się natomiast do skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych to w ocenie Sądu podniesione przez niego zarzuty kwestionujące odrzucenie odwołania przez KIO są zasadne. I tak rację ma skarżący co do naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 1 p.z.p. poprzez bezzasadne odrzucenie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia publicznego tj. konsorcjum: [REDACTED]

[REDACTED] w sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w w/w przepisie. Stosownie do treści powołanego art. 189 ust.2 pkt 1 p.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Wbrew stanowisku Izby zajętemu w zaskarżonym postanowieniu, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy znajdują bowiem zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. Przemawia za tym chociażby brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodzić należy się ze skarżącym Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych w kwestii wykładni tego unormowania, zgodnie z którą skoro zamawiający jest uprawniony i zarazem zobowiązany do samodzielnego badania, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, to tym bardziej Izba rozpoznając odwołanie dotyczące prawidłowości działania lub zaniechania zamawiającego w powyższym zakresie, obowiązana jest do zbadania, czy kwestionowana oferta rzeczywiście narusza przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Sądu wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w związku z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym z art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., z uwagi na otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji zawarty w w/w przepisie, nie wyklucza zarazem możliwości objęcia takim czynem także sytuacji opisanych w art. 6 ust. 1 u.o.k.i k., na które powołuje się odwołujący.

Przeciwnie stanowisko skutkowałoby w istocie tym, iż kontrola Izby w ramach postępowania odwoławczego w szeregu przypadków byłaby całkowicie iluzoryczna, a wręcz w sposób niedopuszczalny spod kontroli tej wyjęte zostałyby liczne naruszenia prawa, o których mowa m.in. w art. 6 ust. 1 u.o.k.i k., przy czym stanowiące jednocześnie czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., których katalog, jak podkreślono wyżej, pozostaje przecież otwarty. W myśl ostatniego z powołanych przepisów, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (ust.1). Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub

nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (ust.2).

W ocenie Sądu przyjęty przez Izbę sposób pojmowania regulacji art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. pozostaje zatem w sprzeczności nie tylko z wymienionym wyżej art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., lecz również z wykładnią celowościową, której reguły nakazują także brać pod uwagę przy interpretacji danego przepisu cel (tzw. *ratio legis*) konkretnej regulacji prawnej, a zatem skutki, jakie zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy, ma ona osiągnąć. Tym bardziej, że w literaturze wskazuje się na zbieżność celów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z celami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (vide: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, 2006, s. 91).

Powyższa argumentacja znajduje ponadto uzasadnienie w licznych orzecznictwie Izby, w którym wskazuje się m.in., iż rozstrzygając sprawę KIO bada m.in. czynność zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia lub zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 545/17, Lex nr 2281307).

Podkreślić zarazem należy, że wśród zarzutów podniesionych w odwołaniu znalazły się nie tylko zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, lecz także zarzuty wywiedzione z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym z art. 3 i art. 15 ust. 1 u.z.n.k.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy w tym składzie w pełni aprobuje stanowisko przeważające w orzecznictwie KIO, w świetle którego przy ocenie, czy dane działanie lub zaniechanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (vide: wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2865/12; wyrok z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 309/14; wyrok z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2851/13; wyrok z 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 423/16).

Co również istotne, skarżący trafnie zauważył, iż w świetle treści odwołania nie budzi wątpliwości okoliczność, że odwołujący domagał się skontrolowania przez Izbę czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i prawidłowości zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez wybranego wykonawcę, a nie wydania decyzji w trybie art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję. Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem Izby, aby w tych

okolicznościach rozpoznanie odwołania skutkowało wkroczeniem w kompetencje innego organu, tj. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Wobec powyższego, nie było uprawnione stanowisko Izby, iż w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy p.z.p.

Tym samym, w ocenie Sądu, nie zachodziła przesłanka do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 pkt 1) p.z.p., a KIO była obowiązana rozpoznać odwołanie merytorycznie.

W świetle powyższych rozważań trafny jest także zarzut skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia art. 172 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 i art. 89 ust.1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 6 ust. 1 u.o.k.i k. poprzez uznanie, że w ramach postępowania odwoławczego, w sytuacji podnoszenia w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej, której złożenie zdaniem odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Krajowa Izba Odwoławcza nie ma ustawowej kompetencji do zbadania, czy rzeczywiście oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, podczas gdy w ocenie skarżącego Izba jest nie tylko uprawniona, ale także obowiązana do dokonania takiej oceny.

Przepis art. 172 ust. 1 p.z.p. stanowi, że tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą, zwaną dalej „Izbą”, właściwą do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przez które należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 p.z.p.). Z kolei zgodnie z regulacją art. 6 ust. 1 u.o.k.i k., zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; 3) podziale rynków zbytu lub zakupu; 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (ust.1). Porozumienia, o których mowa w ust. 1, są w całości lub w odpowiedniej części

nieważne, z zastrzeżeniem art. 7 i 8 (ust.2). Na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w doktrynie wskazuje się natomiast, że uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w Rozdziale 2 u.z.n.k. albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016 r., s.828). Tym samym w ocenie Sądu, jak już wskazano wyżej, nie można wykluczyć sytuacji, w której delikt opisany w art. 6 ust. 1 u.o.k. i k. będzie jednocześnie odpowiadać hipotezie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. lub z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Przemawia to dodatkowo za trafnością przedstawionego wyżej stanowiska, zgodnie z którym przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy interpretować w powiązaniu z regulacjami zawartymi w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Rację ma wobec tego skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, że Izba była zobowiązana do zbadania w ramach postępowania odwoławczego, czy rzeczywiście oferta konsorcjum, którego liderem jest [REDAKTOWANE] stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 6 ust. 1 u.o.k. i k.

W konsekwencji skoro skarga była uzasadniona należało, stosownie do art. 198 f ust. 2 zd. drugie p.z.p., orzec co do istoty spawy tj. merytorycznie rozpoznać odwołanie konsorcjum: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] na czynności zamawiającego tj. [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]”, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum uczestnika, którego liderem jest [REDAKTOWANE].

Odwołujący wnosząc odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, którego liderem jest [REDAKTOWANE] oraz

partnerzy [REDACTED] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we [REDACTED] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa we [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa [REDACTED] która to oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w części nr 2 i w części nr 3, a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji zaś zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum [REDACTED] w części nr 2 i części nr 3,
- nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej efekcie odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum [REDACTED] jako, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.
- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przez Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący szerzej omówił podniesione w *petitum* odwołania zarzuty podkreślając, iż przy utworzeniu konsorcjum, którego liderem jest [REDACTED] [REDACTED] doszło do tzw. zмовы przetargowej poprzez stworzenia sztucznego konsorcjum składającego się z dziesięciu spółek w sytuacji gdy część z nich mogła samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach startować w przetargu, celem tego konsorcjum było uzyskanie maksymalnej oceny za zsumowane referencje wszystkich konsorcjantów. Zdaniem odwołującego takie działanie stanowi naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (k.7-18).

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości zarzucając, że jest ono bezzasadne, nie zawiera żadnych dowodów na poparcie wysuniętych zarzutów, opiera się na niezgodnych z rzeczywistością ustaleniach i jest sprzeczne z faktami. Do odpowiedzi na odwołanie załączył on dokumenty stanowiące

tajemnice przedsiębiorstwa w postaci zestawienia spółek należących do grupy kapitałowej [REDAKTOWANE], zestawienie konsorcjum ubiegających się o zamówienia publiczne, w skład których wchodzi spółki należące do różnych grup kapitałowych, oświadczenia i porozumienia o współpracy oraz maile w sprawie ustalenia warunków współpracy poczynione przed terminem wprowadzenia przez zamawiającego zmian w zakresie kryteriów oceny ofert (197-201 i k. 202-223).

W ocenie Sądu odwołanie nie było uzasadnione.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, iż odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na poparcie swych twierdzeń odnośnie popełnienia przez uczestnika tj. konsorcjum, którego liderem jest [REDAKTOWANE], czynu nieuczciwej konkurencji poprzez stworzenie „sztucznego” konsorcjum i doprowadzenie do tzw. zmowy przetargowej. Co więcej, zdaniem Sądu, odwołujący nawet nie uprawdopodobnił faktu dopuszczenia się przez w/w konsorcjum czynu nieuczciwej konkurencji, w tym - m.in. faktu, że zarówno firma [REDAKTOWANE] jak i [REDAKTOWANE] mogłyby samodzielnie startować w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie tworząc żadnych konsorcjów, ewentualnie tworząc konsorcjum trzech (a nie dziesięciu spółek), jak również faktu, że celem stworzenia przez konkurentów tak dużego konsorcjum była kumulacja referencji. Okoliczności te nie wynikają bowiem z przedłożonych przez odwołującego odpisów dwóch artykułów prasowych odnoszących się do wielkości wiodących przedsiębiorstw (k.41-42), które weszły w skład konsorcjum [REDAKTOWANE]. Przede wszystkim wymienione wyżej publikacje w ogóle nie zawierają odniesienia do warunków i przedmiotu przetargu, w związku z którym doszło do zawiązania konsorcjum z liderem [REDAKTOWANE]. na czele, podczas gdy w ocenie Sądu kwestie te mają istotne znaczenie dla oceny oferty uczestnika pod kątem tego, czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego konsekwentnie zaprzeczał zarzutom podniesionym przez odwołującego w powyższym zakresie, a w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawił szeroką argumentację zawierającą szczegółowe wyjaśnienie przyczyn zawiązania tak dużego konsorcjum, które to argumenty Sąd Okręgowy uznał za racjonalne i w pełni uzasadnione w okolicznościach niniejszej sprawy, w szczególności w kontekście przedmiotu i warunków przetargu. Jak wynika z wyjaśnień przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego zawartych w odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (k.193-196) oraz w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 kwietnia 2017 r. (k.197-201), to właśnie cel w postaci

należytego wykonania przedmiotu zamówienia spowodował konieczność połączenia potencjałów kilku podmiotów. Jednocześnie przystępujący do odwołania po stronie zamawiającego kategorycznie zaprzeczył, aby spółki tworzące konsorcjum samodzielnie spełniały warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podkreślając, iż w zakresie potencjału osobowego warunek udziału w tym postępowaniu wykazują łącznie. Nie bez znaczenia pozostaje zdaniem Sądu również fakt, że sam odwołujący także przystąpił do przedmiotowego przetargu w ramach konsorcjum właśnie z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia.

W ocenie Sądu chybione było ponadto twierdzenie podniesione w odwołaniu, iż o celu działania, przystępującego do odwołania konsorcjum, polegającego na stworzeniu tzw. „sztucznego” konsorcjum świadczy m.in. aktywność spółki [REDAKOWANA] w zakresie wprowadzenia do SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) zmiany z kryterium wyboru ofert z „100 % cena”, na kryterium wyboru ofert „90 % cena + 10 % doświadczenie/referencje”. Jak trafnie zaznaczył odwołujący, SIWZ został zmieniony po wniesieniu przez spółkę [REDAKOWANA] odwołania z dnia 2 marca 2017 r. wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym miejscu zgodzić należy się z przystępującym do odwołania co do tego, że nie miał on żadnego wpływu na ostateczny wybór kryteriów ofert przez zamawiającego, albowiem po analizie odwołania z dnia 2 marca 2017 r. zamawiający uwzględnił je w zakresie wprowadzenia drugiego kryterium, które to kryterium określił samodzielnie zamawiający (v. odwołanie spółki Impel z dnia 2 marca 2017 r. – k.218-221).

W tym miejscu należy podkreślić, iż w świetle utrwalonego zarówno w doktrynie jak i w judykaturze stanowiska zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony – art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. (P. Granecki, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd.5, Warszawa 2016 r., s.827). Z mocy powołanego wyżej przepisu art. 14 p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się bowiem co do zasady przepisy kodeksu cywilnego, a zatem w grę wchodzi w szczególności dyspozycja art. 6 k.c., w świetle której ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W tym wypadku ciężar dowodu, iż uczestnik postępowania o zamówienie publiczne poprzez zawarcie konsorcjum i złożenie w jego ramach oferty dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, spoczywał na odwołującym, który na tę okoliczność się powoływał. Biorąc pod uwagę przytoczoną wyżej argumentację, w ocenie Sądu odwołujący ciężarowi temu nie sprostał. W konsekwencji podniesione przez

niego w odwołaniu zarzuty tj. zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p. okazały się nieuzasadnione.

Mając powyższe na względzie, Sąd na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 i art. 198f ust. 2 p.z.p. zmienił zaskarżone w pkt1 postanowienie w ten sposób, że oddalił odwołanie (pkt II wyroku).

Uwzględniając natomiast wniosek przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego jako strony wygrywającej należało zasądzić na jego rzecz od odwołującego jako przegrywającego koszty postępowania skargowego w kwocie 2.700,00 zł (pkt III wyroku). Powyższa kwota stanowi 75 % minimalnego wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego będącego radcą prawnym w wysokości określonego w § 3 ust.2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.2387 ze zm.) w związku z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804 ze zm.).

Jerzy P. Naworski

Zbigniew Krepski

Małgorzata Bartczak-Sobierajska



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

Z up. Kierownika Sekretariatu

Starszy sekretarz sądowy

Małgorzata Boruch
Małgorzata Boruch